CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 8 december 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Bij besluit van 13 augustus 1981 van de president van het Hof van Justitie, in zijn hoedanigheid van tot aanstelling bevoegd gezag, werd L. Brown, beambte in de rang C 2, salaristrap 5, met ingang van 1 augustus 1981 aangesteld als adjunct-assistent in de rang B 5, salaristrap 4. Terzelfder tijd werd Brown een aanvullende toelage toegekend, gelijk aan het verschil tussen de nettobezoldiging in zijn oude rang C 2, salaristrap 5, en die van zijn indeling in de rang B 5, salaristrap 4. Volgens het destijds geldende stelsel, werd de aanvullende toelage kleiner naarmate de nettobezoldiging in de nieuwe rang steeg.

2. Brown kwam onmiddellijk tegen die aanstelling in het geweer, voor zover zij voor hem op termijn een belangrijk verlies inhield ten opzichte van de bezoldiging die hij in zijn oude rang zou hebben ontvangen, rekening houdend met de tweejaarlijkse voortgang in salaristrap en de algemene verhogingen van de ambtenarensalarissen.

3. In zijn klacht van 12 november 1981 op grond van artikel 90, lid 2, Ambtenarenstatuut baseerde hij zich vooral op de tweede zin van artikel 46, lid 2, van dat Statuut, inhoudende:

„In geen geval ontvangt de ambtenaar in zijn nieuwe rang een basissalaris dat lager is dan het basissalaris dat hij in zijn oude rang zou hebben ontvangen."

4. In zijn brief van 5 februari 1982, waarin hij die klacht afwees, weerlegde de president van het Hof dat argument als volgt:

„Artikel 46 Ambtenarenstatuut, waarop klager zich beroept, kan noch rechtstreeks noch bij analogie op zijn situatie worden toegepast. Dat artikel betreft alleen de salaristrap waarin een ambtenaar moet worden ingedeeld in geval van bevordering binnen een zelfde categorie (zie het arrest van 13 juli 1972 in de gevoegde zaken 55 tot en met 76, 86, 87 en 95/71, Besnard en anderen, Jurispr. 1972, blz. 543).

Het tot aanstelling bevoegd gezag heeft zich bij de indeling van klager in de rang B 5 strikt gehouden aan het beginsel van artikel 31, lid 1, tweede streepje, Ambtenarenstatuut, namelijk dat de ambtenaren in beginsel worden benoemd in de aanvangsrang welke overeenkomt met het ambt waarvoor zij zijn aangeworven."

5. Brown liet de zaak verder rusten en stelde met name geen beroep in bij het Hof.

6. Op 5 februari 1985 wendde hij zich opnieuw tot de president van het Hof, met het verzoek zijn klacht van 12 november 1981

* Vertaald uit het Frans.

opnieuw in overweging te nemen in het licht van 's Hofs arrest van 29 januari 1985 (zaak 273/83, Michel, Jurispr. 1985, blz. 347). Daarin had het Hof onder meer overwogen:

„Om te voorkomen dat een ambtenaar van een der hoogste rangen van een categorie bij zijn overgang naar een hogere categorie, ten opzichte van zijn collega's een — soms aanzienlijk — anciënniteits- en salarisverlies lijdt, dienen te zijnen aanzien de beginselen van artikel 46 van het Statuut te worden toegepast" (r. o. 22).

Wat verder was daar nog het volgende aan toegevoegd:

„Artikel 46 heeft juist tot gevolg, dat bij overgang naar een nieuwe categorie de (...) verworven anciënniteit behouden blijft" (r. o. 24).

7. In het arrest Michel heeft het Hof ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 46 bij overgang van een ambtenaar naar een hogere categorie dus een ander standpunt ingenomen dan in zijn vroegere rechtspraak, waarop de president zich had gebaseerd bij zijn afwijzing op 5 februari 1982 van Browns eerste klacht.

8. Hoewel de president bij zijn afwijzende houding bleef, gaf hij in zijn antwoord van 4 juni 1985 niettemin te kennen, dat „de instellingen onderzoeken welke consequenties uit het arrest Michel moeten worden getrokken"; hij preciseerde echter dat hij niet kon voorzien, wat de uitslag van dat onderzoek zou zijn noch in hoeverre een eventuele ommezwaai gevolgen voor het verleden zou kunnen hebben.

9. Op 10 april 1986 stelde de president ten slotte een algemeen besluit vast betreffende de „overgang naar een hogere categorie", waartegen Brown op 5 augustus 1986 een klacht indiende op grond van artikel 90, lid 2, Ambtenarenstatuut. Van dat besluit had Brown kennis gekregen via een mededeling van het Personeelscomité van 14 mei 1986 en een „afrekening — vergelijkend overzicht" die hij op 22 juli 1986 van de financiële dienst van het Hof ontving.

10. Door de invoering van een „evolutieve" aanvullende toelage kwam dit algemene besluit (waarvan de inhoud officieel ter kennis van het personeel werd gebracht bij circulaire van de griffier van 26 maart 1987) in wezen tegemoet aan de wensen van Brown, die evenwel zijn bezwaren met betrekking tot de datum van inwerkingtreding (1 maart 1986) staande hield en toepassing van het besluit vroeg vanaf de datum van aanstelling van de betrokken ambtenaren in een hogere categorie of ten minste vanaf de datum van het arrest Michel.

11. Hierop volgde nog een briefwisseling met de president van het Hof, die de klacht van Brown aanvankelijk als een verzoek in de zin van artikel 90, lid 1, Ambtenarenstatuut wilde behandelen, totdat het Comité ad hoc van het Hof op 30 januari 1987 zijn klacht uitdrukkelijk afwees met de motivering dat ingevolge het rechtszekerheidsbeginsel een algemeen besluit slechts bij grote uitzondering terugwerkende kracht kan hebben.

12. In zijn inleidend verzoekschrift van 10 april 1987 vraagt Brown nietigverklaring van het besluit tot afwijzing van zijn klacht tegen het algemene besluit van

10 april 1986, en vaststelling door het Hof van zijn recht op de aanvullende toelage volgens de nieuwe berekeningswijze, vermeerderd met vertragingsrente, vanaf de datum van zijn aanstelling in de rang B 5 of ten minste vanaf de datum van het arrest Michel.

13. Wat moeten wij hiervan denken? Om te beginnen merk ik op, dat ingevolge artikel 90, lid 2, eerste streepje, Ambtenarenstatuut de ambtenaren het recht hebben een klacht in te dienen — en vervolgens beroep in te stellen — tegen „een maatregel van algemene aard" van het tot aanstelling bevoegd gezag waardoor zij zich bezwaard achten, ook al zijn zij niet individueel geraakt in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag. [1] Het Hof heeft de ontvankelijkheid van dergelijke beroepen erkend in de zaken De Dapper (arrest van 29 september 1976, zaak 54/75, Jurispr. 1976, blz. 1381) en Diezler en anderen (arrest van 27 oktober 1987, gevoegde zaken 146 en 431/85, Jurispr. 1987, blz. 4283). In casu heeft Brown binnen de gestelde termijnen eerst een klacht ingediend en vervolgens beroep ingesteld tegen het algemene besluit van de president van het Hof van 10 april 1986. Verder kan men ook zeggen, dat Brown een persoonlijk, reeds bestaand en actueel belang kan doen gelden bij een ruimere terugwerkende kracht van het algemene besluit van 10 april 1986 dan het nu heeft.

14. Bovendien valt op te merken, dat de commissie van het Hof, die belast is met de behandeling van klachten van ambtenaren, de klacht van verzoeker niet niet-ontvankelijk heeft verklaard, maar ze als ongegrond heeft afgewezen.

1 — Zie hierover mijn conclusie van 11 juni 1986 in de gevoegde zaken 269/84 (Fabbro) en 292/84 (Scharf), Jurispr. 1986, blz. 2983, 2996.

15. Op het eerste gezicht lijkt het dus, dat het beroep ontvankelijk zou moeten zijn.

16. Als administratie en verwerende partij komt het Hof nochtans tot de tegengestelde conclusie. Het werpt tegen het beroep een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, op grond dat het in werkelijkheid de berekeningswijze van de bij verzoekers bevordering tot de rang B 5 op 13 augustus 1981 vastgestelde aanvullende toelage weer in geding wil brengen. Het beroep zou daarom ver buiten termijn zijn ingesteld.

17. Vaststaat, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof

„de termijnen van de artikelen 90 en 91 van het Statuut van openbare orde zijn en geen middel waarover de partijen of de rechter naar believen kunnen beschikken, aangezien zij zijn ingesteld ten einde de duidelijkheid en zekerheid van de rechtssituatie te verzekeren." [2]

18. Daaruit volgt dat, ook al kan

„volgens artikel 90, lid 1, van het Statuut iedere ambtenaar bij het tot aanstelling bevoegd gezag een verzoek indienen om jegens hem een besluit te nemen, (...) deze bevoegdheid de ambtenaar niet de mogelijkheid biedt om de in de artikelen 90 en 91 voorziene termijnen voor de indiening van de klacht en het beroep te omzeilen, door via een dergelijk verzoek onrechtstreeks de wettigheid van een vroeger besluit te betwisten waartegen niet tijdig is opgekomen. De indiening van een verzoek om herziening van een dergelijk besluit kan dan ook *enkel*

2 — Arrest van 7 mei 1986, zaak 191/84, Barcella en anderen, Jurispr. 1986, blz. 1541, r. o. 12.

worden gerechtvaardigd op grond van *substantiële nieuwe feiten.*" [3]

19. Nu heeft Brown formeel geen nieuw verzoek bij het tot aanstelling bevoegd gezag ingediend, maar zich integendeel krachtig verzet tegen de behandeling van zijn klacht van 5 augustus 1986 als ging het om een verzoek.

20. Een ambtenaar kan echter evenmin een beroepstermijn die hij heeft laten verstrijken, opnieuw doen ingaan door een administratieve klacht in te dienen die hetzelfde onderwerp heeft als het onaantastbaar geworden besluit. [4]

21. Ik geef toe, dat Browns klacht van 5 augustus 1986 uitdrukkelijk tegen het algemene besluit van 10 april 1986 was gericht en niet tegen het individuele besluit van 13 augustus 1981.

22. Brown bestrijdt echter niet de inhoud van het algemene besluit, dat beantwoordt aan wat hij steeds had verlangd, maar wil met zijn klacht bereiken, dat dat besluit terugwerkend wordt toegepast „tot de datum waarop de betrokken ambtenaren na een bevordering een lager salaris hebben moeten accepteren of ten minste tot 29 januari 1985 (de datum van 's Hofs arrest Michel, zaak 273/85), daar dit de datum is waarvanaf het door het Hof toegepaste stelsel bij de overgang van ambtenaren naar een andere categorie onwettig moet worden geacht."

23. Primair vraagt Brown dus, dat hijzelf en andere ambtenaren die geen beroep hebben ingesteld tegen de hun bij hun overgang naar een hogere categorie toegekende aanvullende toelage, een aanpassing van die toelage krijgen, en wel terugwerkend tot de dag van hun bevordering. Dit komt echter neer op een wijziging van de voorwaarden van de aanstelling, nadat deze definitief is geworden.

24. In zijn arrest van 1 december 1983 (zaak 190/82, Blomefield, Jurispr. 1983, blz. 3981) overwoog het Hof, dat het

„onaanvaardbaar (is) dat een ambtenaar de voorwaarden van zijn oorspronkelijke aanstelling betwist, nadat zijn aanwerving definitief is geworden".

Waarna het Hof vervolgde:

„A fortiori kan hij uit dien hoofde geen vorderingen met terugwerkende kracht opwerpen ter zake van zijn indeling en bijgevolg van zijn vroegere en toekomstige bezoldiging" (r. o. 10).

25. Wat voor de aanwervingsvoorwaarden geldt, moet logischerwijze ook gelden voor de voorwaarden van een aanstelling op grond van bevordering of verandering van categorie. De bij die gelegenheid toegekende aanvullende toelage maakt deel uit van die voorwaarden.

26. Alleen een nieuw feit zou dus eventueel de heropening van de termijnen kunnen rechtvaardigen.

27. Verweerder stelt dienaangaande terecht, dat het arrest Michel van 29 januari 1985 niet een dergelijk nieuw feit kan zijn, daar volgens vaste rechtspraak

3 — Beschikking van het Hof van 19 februari 1987, zaak 101/86, Mogensen, Jurispr. 1987, blz. 825, r. o. 9.

4 — Arrest van 15 december 1971, zaak 17/71, Tontodonati, Jurispr. 1971, blz. 1059, r. o. 3.

„de rechtsgevolgen van een door het Hof in een rechtsgeding gewezen arrest dat de nietigverklaring van een handeling inhoudt, zich, behalve tot de partijen, slechts uitstrekken tot degenen die rechtstreeks bij de nietig verklaarde handeling zijn betrokken",

zodat

„een dergelijk arrest slechts een novum kan opleveren ten aanzien van deze personen." [5]

28. Daarop antwoordt verzoeker — en hij heeft dit ter zitting formeel bevestigd —, dat niet het arrest Michel, maar het algemene besluit van 10 april 1986 een nieuw feit oplevert.

29. Ziet men het los van het arrest Michel, dan is het besluit van 10 april 1986 inderdaad een nogal fundamentele wijziging van 's Hofs administratieve praktijk. In zijn arrest Schots-Kortner en anderen [6] overwoog het Hof evenwel, dat „het er in deze omstandigheden voor (moest) worden gehouden, dat door de algemene wijziging der administratieve praktijk" — zelfs al volgt deze op arresten die incidenteel de ongeldigheid van een bepaling van het Ambtenarenstatuut vaststellen — „op een formele wijziging van het Statuut van de ambtenaren is vooruitgelopen, doch dat die wijziging niet in die zin mag worden verstaan, dat daardoor een situatie berustende op ten aanzien van verzoekers genomen en door het verstrijken der beroepstermijnen definitief geworden besluiten, met terugwerkende kracht wederom aan de orde zou kunnen worden gesteld". Het Hof verklaarde die beroepen bijgevolg niet-ontvankelijk.

5 — Bij voorbeeld het arrest van 17 juni 1965, zaak 43/64, Müller, Jurispr. 1965, blz. 481, 498.

6 — Arrest van 21 februari 1974, gevoegde zaken 15-33, 52, 53, 57-109, 116, 117, 123, 132 en 135-137/73, Jurispr. 1974, blz. 177 en 191-192.

30. Ons inziens geldt 's Hofs redenering in de zaak Schots-Kortner ook voor de primaire vordering van Brown.

31. Doordat deze niet tijdig een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld van het besluit van 13 augustus 1981 betreffende de vaststelling van zijn aanvullende toelage — bij voorbeeld op grond van schending van artikel 46 Ambtenarenstatuut —, is dat besluit definitief geworden. De vordering tot toekenning met terugwerkende kracht tot die datum van een hogere aanvullende toelage, gelijk aan het verschil tussen zijn bezoldiging in de *rang B 5, salaristrap 4* en het salaris dat hij zou hebben gehad indien hij in zijn oude rang C 2, salaristrap 5 was gebleven, is derhalve niet-ontvankelijk.

32. Brown heeft echter ook een subsidiaire vordering ingesteld, strekkende tot vaststelling van zijn recht „op een aanvullende toelage ter compensatie van het verschil tussen zijn salaris in zijn oude rang C 2, salaristrap 5 en het salaris in de *rang B 4, salaristrap 2,* overeenkomstig artikel 46 Amtenarenstatuut" vanaf 1 februari 1985, dat wil zeggen vanaf de eerste dag van de maand volgende op die waarin het arrest Michel is gewezen.

33. In zijn klacht van 5 augustus 1985 heeft Brown dat verzoek aldus gemotiveerd, dat sedert de datum van het arrest Michel het voorheen door het Hof bij de overgang van een ambtenaar naar een andere categorie toegepaste stelsel als onwettig was te beschouwen.

34. Het besluit van de president van 10 april 1986 zou slechts de *noodzakelijke* consequentie zijn van de wijze waarop het Ambtenarenstatuut in het arrest Michel is uitgelegd. Die consequentie had evenwel

onmiddellijk na het arrest moeten worden getrokken, want de administratie van een gemeenschapsinstelling zou niet het recht hebben om zij het ook maar tijdelijk een praktijk voort te zetten die niet volledig in overeenstemming is met het Statuut.

35. Of deze stelling van verzoeker juist is, is een vraag die duidelijk de grond van de zaak betreft, waarover ik in dit stadium niet heb te concluderen.

36. Het enige waarom het thans gaat, is of de subsidiaire vordering van Brown, die zonder enig probleem los van zijn andere vorderingen kan worden behandeld, al dan niet ontvankelijk is.

37. Nu kan ik niet anders dan vaststellen, dat die subsidiaire vordering niet strekt tot herziening van een door het verstrijken van de beroepstermijn definitief geworden eerder jegens verzoeker genomen besluit. Verzoeker maakt enkel gebruik van het recht dat aan elke ambtenaar toekomt — ik sprak erover aan het begin van deze conclusie —, namelijk om op te komen tegen een maatregel van algemene aard van het tot aanstelling bevoegd gezag waardoor hij zich bezwaard acht. Brown heeft binnen de door het Ambtenarenstatuut voorgeschreven termijnen een klacht ingediend en vervolgens beroep ingesteld. Hij kan zich tevens beroepen op een persoonlijk, reeds bestaand en actueel belang bij de oplossing die hij voorstaat.

38. Ten slotte kan men hem niet tegenwerpen dat hij, nu hij rechten wenst te ontlenen aan de uit het arrest Michel voortvloeiende uitlegging van het Ambtenarenstatuut, in verband met dat arrest een „verzoek" had moeten indienen en geen „klacht" naar aanleiding van het besluit van 10 april 1986. Reeds op 5 februari 1985 immers heeft hij gevraagd dat zijn klacht van 1981 in het licht van dat arrest opnieuw in overweging zou worden genomen, en dat kan men zeer wel als een „verzoek" aanmerken. Terecht werd hem toen geantwoord, dat een arrest van het Hof slechts werking heeft tussen de partijen, maar dat de instellingen bezig waren met een onderzoek naar de mogelijke consequenties van het arrest Michel, doch dat de resultaten daarvan niet vielen te voorzien, met name niet wat de terugwerkende kracht van de eventueel te nemen maatregelen betreft. Zodra hij kennis had gekregen van het besluit van 10 april 1986, heeft Brown een klacht ingediend en daarna het onderhavige beroep ingesteld.

Conclusie

39. Op grond van een en ander geef ik het Hof in overweging, het beroep van Brown ontvankelijk te verklaren, voor zover het strekt tot de vaststelling dat de nieuwe regeling van de aanvullende toelagen had moeten worden toegepast vanaf 1 februari 1985, met niet-ontvankelijkverklaring van het beroep voor het overige en aanhouding van de kostenbeslissing tot de uitspraak ten gronde.